Mayorazgo —

16.

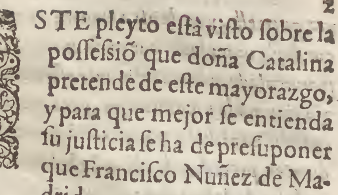
256



POR DOÑA CATALINA NVÑEZ DE VALDIVIA, VIVDA DE IVAN DE Heruias Ynestrosa.

EN EL PLEYTO

Con el Conuento, y Monjes de ſanto Domingo de Siles, de la orden de ſeñor ſan Benito, por cabeça del Padre Fray Franciſco Nuñez de Valdiuia, profeſſo de la dicha orden: ſobre la poſſeſsion del mayorazgo, que vacò por muerte de don Carlos Nuñez de Valdiuia, Arcediano que fue deſta ſanta Igleſia, y Cauallero de la orden de ſeñor Santiago.

N.1. 
STE pleyto està visto sobre la possessiõ que doña Catalina pretende de este mayorazgo, y para que mejor se entienda su justicia se ha de presuponer que Francisco Nuñez de Madrid, en veynte y cinco dias de el mes de Agosto del año passado de 562. por ante Melchor del Campo, escriuano publico desta Ciudad otorgò vn codicilo, y en el vna clausula del tenor siguiente, ibi: *Dixo, que en la dicha clausula del dicho su testamento, no le dexa vinculo, ni grauamen a la dicha hazienda de mejora, y porque su voluntad es, siendo la del dicho Alonso Nuñez su hijo, y no de otra manera, que en la dicha mejora aya algun vinculo del tercio y remaniente del quinto, y en parte del, y porque de presente quedan en su hazienda algunos censos, y fianças que tiene hechas, y otras cosas que impiden el dicho vinculo, declara que quiere, y manda que quede a eleccion del dicho Alonso Nuñez su hijo, cada, y quando, y en qualquier tiempo que quisiere, e por bien tuuiere querer, y acetar que aya vincnlo, &c.*

2 ¶ Lo segundo se presupone, que Alonso Nuñez de Valdiuia, hijo del dicho Francisco Nuñez en el lugar de Aluergueria, jurisdicion de Ciudad Rodrigo, en tres de Diziembre, ante Alonso Roman escriuano publico de Ciudad Rodrigo hizo escritura, en que aceta el dicho vinculo, y le haze, y señala para el ciertos bienes.

3 ¶ Lo tercero se presupone, que por el año passado de 567. el dicho Alonso Nuñez de Valdiuia alcançò facultad del señor Rey don Felipe el Segundo, para hazer vinculo y mayorazgo de sus bienes, y vsando della año de 1572. otorgò su testamẽto, y en el puso dos clausulas del tenor siguiente, ibi: *Iten mando, que por vna escritura de mejora que me hizieron mi padre, y madre, que esten en gloria en el año de 1548. por ante Luys de Soria, escriuano publico que fue desta ciudad, por la clausula del codicilo del dicho mi padre me mejoraron en el tercio, y remaniente de quinto de sus bienes, los quales dexan vinculados por via de mayorazgo, para quando yo quisiesse acetar que huuiesse vinculo, y mayorazgo*



razgo en ella; y no de otra manera, porque si yo no queria que quedasse vinculado, que no lo quedasse, e si yo quisiesse quedasse vinculado, e lo acetasse ante escriuano, que desde luego hazia el vinculo y mayorazgo, para quando lo acetasse, y que sucediesse en el dicho vinculo mi hijo varon mayor, y sus descendientes, precediendo el varō a la hembra, y el mayor al menor, y a falta de descendientes suyos, viniesse a los otros mis hijos, y sus descendientes, por la misma orden, precediendo el varon a la hembra, y el mayor al menor, y a falta de mis hijos, y descendientes dellos, viniesse por la misma orden a los hijos de la señora doña Ana de Valdiuia mi hermana, como mas largo se contiene en las dichas clausulas, que yo agora tengo facultad de su Magestad para poder hazer mayorazgo de mi haziēda en vno de mis hijos, con los vinculos, y restituciones que yo quisiere, e vsando de la dicha facultad en la mejor forma, e via que puedo, y derecho deuo, mando, que la acetacion que yo tengo hecha del vinculo que mi padre hizo de la mejora de tercio y quinto que me dexò, conforme a las clausulas del testamēto, y codicilo que passò ante Alonso Roman, escriuano publico de Ciudad Rodrigo, estando yo en el lugar de Aluergueria, jurisdiciō de la dicha ciudad, e aquella dicha acetacion se guarde, y cūpla por la forma, y manera que en ella va declarado, con los vinculos, y sumissiones que la dicha clausula de testamento, y codicilo, y en la dicha acetacion se contiene: y por euitar dudas, y pleytos, si las possessiones nombradas en la dicha acetacion montan mas que el tercio y quinto que la hazienda que dexò mi padre, quiero y es mi voluntad, vsando de la dicha facultad de su Magestad, que todo lo demas que cediere del tercio y quinto, sea sugeto al mismo vinculo, y restitucion, &c.

4 ¶ La segunda clausula es: *Iten con condicion que el que huuiere de suceder en el dicho mayorazgo se llame Nuñez de Valdiuia, y trayga sus armas a la mano derecha.*

5 ¶ Lo quarto se presupone, que el dicho Alonso Nuñez de los demas bienes muebles, y rayzes hizo mejora de tercio y quinto en quatro de sus hijos, con condicion que el que dellos entrasse en Religion, no sucediesse en la mejora.

6 ¶ Lo quinto se presupone, que en este vinculo y mayorazgo sucedio por muerte de Alonso Nuñez de Valdiuia, don Esteuan de Valdiuia, y por su muerte, sin

sin descendientes Alonso Nuñez de Valdiuia, Secretario de su Mageſtad, y por su muerte dō Carlos Nuñez de Valdiuia, Arcediano desta santa Iglesia, por cuya muerte pretende la possession doña Catalina de Valdiuia, como hija legitima, y mayor de doña Ana de Valdiuia, hija del dicho Francisco Nuñez de Madrid, por auer faltado toda la sucession de Alonso Nuñez de Valdiuia, hijo del dicho Francisco Nuñez; el Conuento de santo Domingo de Siles pretende la sucession por cabeça de Fray Francisco de Valdiuia, hermano de don Carlos, vltimo posseedor, porque pretende que en este mayorazgo se pueden admitir Religiosos, y que el está en mejor linea, y grado, a que se satisfara en los articulos de que se ha de componer esta informacion.

7 ¶ Esto supuesto en dos articulos se ha de diuidir esta informaciō. En el primero se ha de fundar, que el Monasterio de santo Domingo de Siles, no puede entrar en la possession deste mayorazgo, por cabeça de Fray Francisco, por estar excluydo por la disposiciō de Alōso Nuñez, y que assi se le ha de dar la possessiō a doña Catalina. En el segundo, que este vinculo, y mayorazgo se hizo en virtud de facultad Real, y assi que no importa que sea descendiente de Alonso Nuñez Fray Francisco, para tener prelacion a doña Catalina, que quando fuera hecho de tercio y quinto, sin perjuyzio de la verdad auia de suceder doña Catalina.

ARTICVLO PRIMERO.

8 ¶ El Conuento de santo Domingo de Siles pretē de la sucession deste mayorazgo por cabeça del Padre Fray Francisco, por dezir que el susodicho es hermano legitimo de don Carlos de Valdiuia, vltimo possee dor, y assi siendo como es el mas proximo, y cercano al vltimo posseedor, ha de entrar en la sucession, por que siempre se atiende en las sucessiones de los mayorazgos la proximidad del vltimo posseedor, l.9. titul.1 p.2.l.2.tit.15. eadem partita vbi latè Gregor. Lop. Burg de Paz, consl.29. num.51. Molin. lib.3.c.9. nu.15. Gutierr.

lib.3.practicar.q.66.num.11.Mieres de maiorat.2.part.q.8.num.3.& 4.Gratian.tom.2.c.285.num.21.& tom.3.c.456.ex num.33.Paz, de tenuta, c.39.num.8. & cum in numeris nouissimè resoluit D.D. Joann. del Castill. tom.5.c.91.num.61.& c.93.§.13.per totum, y assi preten de el Conuento, que siendo mas cercano Fray Frãcisco al vltimo posseedor ha de suceder en este mayorazgo.

9 ¶ El segundo fundamento es dezir que este mayorazgo entrò en la linea de Alonso Nuñez de Valdiuia, padre de don Carlos, vltimo posseedor, y assi hasta que falten todos los de la linea del dicho Alõso Nuñez, no puede hazer transito este mayorazgo a la linea de doña Ana de Valdiuia, de quien es hija doña Catalina, c.1.de natura success.feudi, ibi: *Ad solos & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit, & ibi sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur*, tenent Molin.lib.3.c.4.ex num.14. & c.6. num.29. Mier. p.2.q.6.num.49.Burgos de Paz, cons.29.num.49. Zeuallos, q.905.num.94.Phebus, decis.29.num.9.Paz de tenuta, c.35.num.11.Marta, de succes.legali, 1.part. q.12. art.1.num.9.& D.Castill.d.c.91. num.62.

10 ¶ El tercero fundamento es dezir, que no impide la sucesion del Padre Fray Francisco el ser Frayle professo, porque en este mayorazgo no estàn exclusos los Religiosos, y es hecho, y fundado de bienes patrimoniales, sin auer jurisdiciõ anexa, ni dignidad, y que la Religion de señor san Benito es capaz en comun de acquisicion, y assi pretende el Conuento que por los dias de la vida del dicho Fray Francisco ha de suceder en este mayorazgo, ex text.in l.Statius, §. Cornelij Felicij, ff.de iure fisci, & ita resoluunt Molina, lib.1. c.13. num.95.Mieres, 2. part.q.3.nume.37.Surdus, cons.557. num.13.Mastrill.decis.65.num.3. Pater Thom.Sanch. lib.7.de Religioso statu, c.15.n.16. ibi: *Quare non est recedendum a communissima sententia allegata dicente Monasterium non aliter succedere in hunc maioratum duranti monachi vita quam in alia eius bona quare sicut in alia bona, siue ante professionem, siue post ab ipso acquisita succedit, ita & in maioratum, siue ante, siue post professionem adueniat.* Et D.Castillo,

tillo, lib. 3. quotid. controuers. c. 12. nu. 56. & nouissimè tom. 6. c. 162. n. 25. vbi in numeros cumulat.

11 ¶ Pero sin embargo destos fundamentos la sucession deste mayorazgo se ha deferido a doña Catalina, y se ha de admitir a la sucesion del, sin embargo de los fundamentos opuestos, porque aunque las doctrinas propuestas de la proximidad del vltimo posseedor, y linea, de quibus supra num. 8. & 9. sean ciertas, y ajustadas a derecho, cessan en este caso, porque por conjecturas euidentes, que se fundarà en los numeros siguiētes, està excluso el Padre Fray Francisco de la sucessiõ deste mayorazgo, y assi le hemos de reputar como muerto, porque todas las vezes que por la naturaleza del mayorazgo, o condiciones, y conjecturas del, el Religioso està excluso se reputa por muerto, y haze transito el mayorazgo al siguiente sucessor, porque el Religioso se juzga por incapaz, & incapax pro mortuo habetur, l. 1. §. sed si patronus, ibi: *Pro mortuo habetur*, ff. de coniungendis cum emancipatis liberis eius, l. si necem, §. deportatus, ff. de bonis liber. y assi se defiere al siguiente substituto, l. 1. §. qui habebat, ff. de bonorum possessione contra tabulas, l. pater filium, ff. de inofficios. testament. l. 1. §. sciendum de suis & legitim. hæred. l. 2. §. ita demum, ff. ad Tertulianum, Molina, lib. 3. c. 2. num. 13. Gregorius Lopez, in l. 8. verbo, de eredar, tit. 29. p. 2. Mieres, de maiorat. 2. part. q. 3. numer. 32. Pater Thomas Sanchez, de Religioso statu, lib. 7. c. 15. num. 17. ibi: *At quoties professione fit incapax professus succedendi in maioratum, eo quod fiat in Monasterio incapaci succedendi, aut eo quod iurisdictionem annexam habeat, aut quia excluditur ex peculiaribus ipsius maioratus legibus professus iudicandus erit professus hic à tempore professionis, ac omnino naturaliter mortuus, atque iudicabitur proximior ad succedēdum, qui tempore talis professionis proximior fuerit quippè, tunc successio deferenda est.* Quę verba transcripsit D. Castillo, d. c. 162. num. 30. y assi hallandose doña Catalina la mas proxima, y cercana en esta sucession, y no obstandole la persona de Fray Francisco, ni de doña Madalena, por ser personas Religiosas, e incapaces de suceder, ha de hazer transito este mayorazgo a doña Catalina.

12 ¶ Lo

12 ¶ Lo segũdo, porque aunque la muerte ciuil no se equipara a la natural, nisi in casibus à iure expressis, vel cum hoc á iure reperitur cautum, cap. susceptum de rescriptis in 6. & in c. placuit 17. q. 1. Alexand. Trentacinq. de substitut. 4. p. c. 6. nume. 4. Honded. cons. 62. num. 3. & 4. Ceuallos, q. 63. & cum in numeris D. Castillo, lib. 3. controuers. c. 12. num. 23. & tom. 6. c. 162. n. 1. pero quando la muerte ciuil obra los mismos efetos que la natural, o quãdo milita la misma razõ, vel mẽs disponentis aliud non suadet, tunc mors ciuilis ęquiparatur naturali, l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. l. 1. §. fin. ff. de contra tab. Trentacin. d. 4. p. c. 6. n. 4. Honded. d. cons. 62. num. 12. Peregrin. de iure fisci, lib. 3. c. 5. num. 19. Surdus, cons. 90. numer. 27. lib. 1. Farinac. in fragmentis, 2. p. litera M. n. 368. & 369. D. Castillo, d. c. 12. nu. 25. & 26. & c. 162. nu. 2. & 3. & Pater Thomas Sanchez, d. c. 15. nu. 10. y asi obrando los mismos efetos la muerte ciuil que la natural, emos de reputar por la profession muerto a Fray Francisco, y se ha de deferir la sucession deste mayorazgo a doña Catalina.

13 ¶ Lo tercero, porque es conclusiõ textual, y cierta que los fundadores de los mayorazgos hechos con facultad Real, pueden excluyr de la sucession del a los Religiosos, porque esta condiciõ exclusiua de las personas Religiosas no mira a apartar, y retraer a los que suceden del estado de la Religion, sino para que la familia se conserue, y asi es condicion justa, y conueniẽte al fin para que se instituyen los mayorazgos, vt eleganter resoluunt Molina, lib. 2. de primogen. c. 12. n. 54. Mieres, 2. p. de maioratibus, q. 3. numer. 1. & 2. Cauedo, decis. 133. num. 6. & 9. 1. part. Gutierr. lib. 1. canonicarũ quæst. q. 32. numer. 30. Flores de Mena, lib. 1. variarum, quæst. 16. §. 2. num. 7. Mantica, de coniecturis, lib. 8. tit. 12. nu. 28. Molina Theologus, tom. 1. de iustitia & iure, disp. 207. conclus. 2. & tom. 3. disp. 623. nu. 3. D. Castill. lib. 3. controuers. c. 12. n. 36. Manuel Rodriguez, tom. 2. quæst. regularium, quęst. 78. art. 12. colum. 4. vers. Quinto certum est, & Pater Thomas Sanchez, de matrim. lib. 1. disp. 34. num. 11. & de Religioso statu, d. lib. 7. c. 15.

num. 6,

num.6.vbi in numeros refert & nouissimè id insinuat D.Perez de Lara doctissimus olim Senator huius Granatensis Chancellariæ, & nunc meritissimus sanctæ Toletanæ Ecclesiæ, Doctoralis Canonicus in suo per eleganti libro de vita hominis, c.30.num.127.

14 ¶ Y esta exclusion basta que sea tacita, induzida por presunciones, y conjecturas, dedõde se infiere que el testador no quiso que el sucessor en el mayorazgo fuesse Religioso, para que el Religioso quede excluydo, quia id quod ex coniecturis deducitur expressum dicitur manifestamque, & euidentem voluntatem inducit, l.licet Imperator, ff.de legatis 1.l.quoties, §.si quis nomine, iuncta glossa, ff.de hæredi. instituend.l. Prætor, §.1.vbi gloss.verbo, expressam, ff.de noui operis nuntiatione, l.cum virum, C.de fideicommiss. Tiraquellus, de legibus connubialibus, gloss.7. nu.164. Mieres, de maioratu in initio, 2.part. nu.6. & quæst.3. num.21.Molina, lib.1.c.4.num.19. & plures alij relati à D.Castillo, lib.2, controuersiar. cap.4. num.53. & lib.5. c.12.num.42.& lib.4.c.17.nume.7. & 8. y en los terminos deste pleyto, que la exclusion tacita, inducida por conjecturas, obre lo mismo que la expressa, resoluunt D.Castillo, d.lib.7.controuersiar, cap.12.numer.41.ibi: *Nunc extenditur primus hic casus monacos inquam Religiosos moniales, & Monasteria à successione maioratus excludi non solum, quando de eorum exclusione apparet expresse, ita quod expressim exclusi fuerint, sed etiam cum ex euidentibus, aut multum vrgentibus coniecturis de institutoris voluntate constat, vel constare potest.* Et Mastrillo, decis.65.nume.2. in fine, in illis verbis, ibi: *In hoc conueniunt, quod si testator verbis expressis, vel probabilibus coniecturis Monasterium excluderet, quod remaneat exclusum, & succedat substitutus.* Et num.3. ibi: *In quo puncto, vt dixi vera resolutio est illa, quod vbi probabilibus coniecturis constaret testatorem voluisse excludere Monasteriũ excludatur, & succedat substitutus.* Et decis.153.nume.28.& nouissimè D.Castillo, d.c.162. num.10.

15 ¶ Veamos pues si en este mayorazgo ay tales cõjecturas que excluyan al Padre Fray Francisco de la sucesion del, y hallaremos que las ay expressas, y tales

que en el no puede entrar persona Religiosa, porque Alonso Nuñez del Valdiuia en su testamento, en el qual en virtud de facultad de su Magestad hizo el mayorazgo, puso clausula de nõbre, y armas, como consta de la clausula, ibi: *Iten cõ condicion q̃ el que huuiere de suceder en el dicho mayorazgo se llame Nuñez de Valdiuia, y trayga sus armas a la mano derecha.* Auiendo pues obligado el fundador a las personas en quien hizo el llamamiento, que se llamassen el nombre de Nuñez de Valdiuia, y truxessen sus armas, descubrio que el intento, y causa de su disposicion era la conseruacion de su familia, ex impositione enim oneris deferendi nomen, & arma coniecturam maioratus ad conseruationem familiæ elici pluribus, comprobat Molina, lib.1. de primogen. cap.5. num.34. & lib.2. cap.14. à n.1. vsque ad 7. Menoch. lib.4. præsumpt.69. num. 19. & præsump.62. num.13. Joann. Garc. de nouilitate in diuisione operis, num.40. Morotius, respons.68. per totum, Alexander Raudensis, de analogis, cap.30. num.1. y la razon desto es, porque como el principal fin para que se inuentaron las armas, y apellido, es para demonstracion de la nobleza, y distincion de las familias, vt considerat Casaneus, in catalogo glorię mundi, 1. part. considerat.38. conclus.41. Tiraquello, de nobilitate, cap.6. numer.17. el fin de obligar a traer apellido, y armas, no puede ser otro que querer el que dispone conseruar esta distincion, y nobleza de su familia, vt tradit Franciscus de Ponte, consl.4. nu.35. & per totam, Caualcanus, decis.5. numer.62. & 67. p.3. porque como en el derecho es lo mismo nombre que familia, l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, ff. de legat.2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerint*, gloss. in l. pater filium, §. fundum, ff. de legat.3. verbo, nomine vestro, idest, familia vestra, latissimè Simõ de Prætis, lib.3. interpretat.3. dubitat.1. solut.11. à nu.11. & idem est dicere non exeat de nomine, quod non exeat de familia, vt ex Aluano, Alciato, Petra, Deciano, lo prueua D. Castill. lib.2. quotidianar. controuersiar. c.22. numer.92. y lo que se dexa por causa de conseruacion del apellido, censetur relictum pro cõseruatione familiæ. Y para que este intẽto se descubra no es necessario

sario que el preceto, y carga sea tambien de traer las armas, porque basta que se ponga solo el apellido, porque la conseruacion de las familias, mas consiste en el nombre que en las armas, vt post Casaneum, tradit Francisco de Ponte, d. cons. 4. num. 40. & 41. y fue consideracion de Conano, lib. 2. comment. c. 15. numer. 6. vers. Qua propter, donde dize que Julio Cessar Octauiano, y Tiberio, para la conseruaciõ de sus familias, nihil aliud fecerunt quam instituere hęredes, & iusisse ferre nomẽ suum; porque de su naturaleza existit, que el que ha de suceder en vna casa, y familia, trayga las insinias, y armas della, Casaneus, d. considerat. 48. conclus. 41. Tiraquel. de nobilitat. c. 6. nume. 17. Antonius Ziophus, cons. 157. num. 2. lib. 1.

16 ¶ Desta resolucion nace el fundamento de este medio, por donde pretendemos excluyr de la sucession deste mayorazgo al dicho Padre Fray Francisco, porque auiendo professado, quando aliás le pudiera pertenecer la sucession del, se hazia incapaz della, por que siendo Monje professo cessa en el la causa final, y expressa en la disposicion de la conseruacion de la familia, porque aunque aliás por la profession en la Religion, no pierda el Religioso el derecho de sangre, y nobleza, en quãto cõsiste en la causa natural, porque essa es inmutable por derecho, l. ius agnationis, ff. de pactis, l. iura sanguinis, ff. de regul. iur. pierde todos los efetos ciuiles, y la nobleza accidental, y politica, que ex mundi pompa, & seculari militia, & administratione consurgit, & dicitur mortuus mũdo, c. Monachus 16. quæst. 1. c. scripsit 27. quæst. 2. c. præsens 20. quæst. 3. glos. fin. vers. Absque delectu de statu monachorum, Federicus de Senis, cons. 104. vers. Item monachus, Geminianus, cons. 80. in fin. Ancharranus, cons. fin. in princ. Abbas, cons. 104. numer. 4. lib. 1. Tiraquel. de nobilitat. c. 26. & 27. á num. 1. & nouissimè post Guillermum Benedictum, Rebuffum, & alias opiniones conciliat P. Thomas Sanchez, lib. 7. de Religioso statu, c. 12. nu. 13. vbi aserit nobilitatem ex causa naturali prouenientẽ non extingui per professionem, sed solum nobilitatẽ accidẽtalem, & politicam, y assi es incapaz de suceder

en

en mayorazgo hecho por conſeruacion de familia, porque en la perſona del Religioſo eſtá la memoria del teſtador, y de la familia ſuprimida, y aſsi no ſe puede conſeruar, vt optimè reſoluunt poſt Couarrub. & Padillam, Molina, lib. 1. de primogen. c. 13. num. 91. ibi: *Ex monachi ſucceſsione per tempus vitæ ſuæ memoria inſtitutoris penitus ſupprimi tuo, atque aboletur, nec nomen, nec arma inſtitutoris, nec eius familiæ ac maiorum ornamenta eo tẽpore videntur, nec apparent ideo non eſt credendum inſtitutorem, qui ex familiæ conſecuatione motus fuit ad primogeniũ inſtituendum voluiſſe facere vocationem ex qua ius memoriæ ſupprimatur.* Et ſequntur Gutierr. canonicarum, quęſt. cap. 32. num. 29. & 30. Aluaradus, de conjectura ta mente defuncti, lib. 2. c. 3. nume. 4. Flores de Mena, Tapia, Azor, & alij plures relati á P. Thomas Sãchez, d. lib. 7. c. 15. num. 19. & D. Caſtill. d. c. 162. num. 22.

17 ¶ De aqui es que el Religioſo profeſſo no puede ſuceder en los mayorazgos que piden que el ſuceſſor trayga el apellido y armas del fundador, como es eſte, como conſta de la clauſula, ibi: *Iten con condicion que el que huuiere de ſuceder en el dicho mayorazgo ſe llame Nuñez de Valdiuia, y trayga ſus armas a la mano derecha.* Porque el Religioſo no puede cumplir con eſta condicion, eo modo honorifico ac eo ſplendore quem teſtator intẽdit, y aſsi algunos tuuieron por opinion eo præcepto ferendi nomen & arma induci agnationis coniecturam, & ex eo ſenſeri fœminas excluſas, y aunque Molina, lib. 2. c. 14. num. 9. diga que no ſe induze conjectura de agnacion, quia ęquè à fœminis, ac à maſculis id grauamen impleri poteſt: con todo eſſo es conjectura para excluyr a Monjas, y Frayles de la ſuceſsion del mayorazgo, por la incapacidad que tienen para cumplir la condicion, y porque las hembras ſeglares pueden mas bien cumplir la condicion, quã maſculi Religioſi, porque como eſta condicion mira la conſeruacion de la familia, l. cũ filius fam. §. pater, ff. de legat. 2. ibi: *In honorem nominis*, l. legatum, ff. de vſuſruct. ibi: *Conſeruandæ memoriæ, & dignitatis*, l. 3. §. regula, ff. de iuris, & facti ignorantia, ibi: *Gloriam repræſentet*, l. Titia, §. fin. ff. de auro & argento legato, ibi: *Subſcriptionis nominis*

minis mei. De aqui es que el Religioso no es capaz de poder suceder en mayorazgo que pide nombre, y armas, vt clarè tuetur Molina, lib.1. c.13. numer.91. & 93. licet dubitet, nu.95. Beroius, quæst.34. Tapia, in auth. ingressi, verbo, sua, nu.10. C. de SSS. Flores de Mena, lib.1. variar. c.16. §.2. nu.3. & in additionibus ad Gamã, decis.6. nume.2. conclus.4. & 6. Ceuallos, tom.1. q.193. nu.11. & 12. & D. Castill. lib.3. controuers. c.12. nu.54. ibi: *Secundus casus sit quando maioratus institutor eius intentionis, atque voluntatis fuit in institutione, vt agnationem suam conseruari desideraret obidque fæminas propter masculos à successione exclusit, vel masculos perpetuo ad successionẽ inuitauit, aut etiam familiæ suæ, vel agnationis conseruationi nominisque memoriæ, & armorum delationi adeo consuluit, vt specialiter bona in sua familia cognatione, aut nomine conseruari, aut successores cognomen, & arma deferrẽ statueret: tũc namque ex his, & alijs similibus verbis, atque dispositionibus Monasterium, aut monachos excludere velle videuitur apertè. Id circo Monasterium ipsum quamuis expresse exclusum nõ fuerit etiam pro vita monachi successionem prætendere non poterit, quia horum omnium, vel cuiusque qualitatis ex prædictis aut similium implementum in Monasterio non cadit, nec subsistere potest, vt statim dicetur.* Et sequitur etiã Pater Thomas Sanchez, d.c.15. num.23. & num.30. & nouissimè Cancerius, variar. resolut. tom.2. c.20. numer.130. vers. censeo, & D. Castill. tom.6. c.162. n.22. circa medium, & in hoc Granatensi Prætorio practicatam asserit, idẽ Pater Sanchez vbi supra, y assi se practicò en causa mia propia, con el Conuento de santa Catalina de Sena, que pretendia la sucessiõ de vn vinculo por cabeça de doña Luysa de Villalta, y se excluyò por tener clausula de nombre y armas.

18 ¶ Otra conjectura no menos precisa que la de nõbre y armas se saca de la disposicion de Alonso Nuñez, porque auiendo hecho en virtud de la facultad Real el vinculo y mayorazgo, hizo mejora de tercio y quinto de los demas bienes, fuera de los inclusos en el mayorazgo en doña Maria de Mendoza, Alõso Nuñez, Luys, Francisco, y Carlos, doña Madalena, y doña Petrolina, y luego pone la clausula siguiente, ibi: *Con con-*

 dicion

dicion que si alguno dellos entrare en Religion, e fuere professo el tal no se entienda ser mejorado: de que se manifiesta que si en la mejora, que era negocio de menos consideracion quiso que no sucediesse ningun Religioso professo, lo mismo seria en el mayorazgo principal, y para declarar vna voluntad que en su principio parece dudosa se ha de tomar de las clausulas subsiguientes, por donde se puede rastrear la voluntad del testador, l. qui filiabus, ff. de legat. 1. l. si seruus plurium, §. fin. ff. eadem, l. quæsitum, §. Papinianus quoque, ff. de fundo instructo, ibi: *Nisi inquit ex alia parte*, l. si pater, C. de fideicōmiss. ibi: *Sed si verbis fideicommissi aliqua pars testamenti*, & Petrus Surdus, decis. 210. numer. 10. Casanate, cons. 17. num. 25. & in cons. 47. num. 36. D. Castill. lib. 2. controuers. cap. 4. nu. 11. & lib. 4. c. 50. Giurba, decis. 32. num. 10. y assi destas clausulas se infiere con euidencia, que el animo del testador fue de excluyr deste mayorazgo a los Religiosos professos, y esta conjectura la tēgo por mas precisa que la que pone Mieres, de maiorato, p. 2. q. 3. nu. 40. in antiquis, que pone el Padre Thomas Sanchez de aquel que teniendo vn hijo Frayle no le llamò al mayorazgo, sino a los demas hijos, y hijas, porque en esse caso verisimilmente se puede entender que quiso excluyr al Religioso, y asi la ponderan los autores arriba referidos, por conjectura precisa de exclusion.

19 ¶ Y no es de consideracion dezir que el Conuēto de santo Domingo de Siles, que es del orden del señor san Benito, es capaz de acquisicion, y que los Religiosos de la dicha orden tienen los nombres de sus antepassados, y en los sellos, y reposteros sus armas, como lo testifican Fray Luys Manuel de Espinosa, y Fray Juan de Montenegro, y que el dicho Padre Fray Francisco tiene en su celda las armas de los Nuñez, y Valdiuias, porque esta oposicion carece de todo fundamento, porque ser la orden de san Benito capaz de bienes en comun, no lo negamos, porque si no lo fuera, como lo es la orden de los Menores de la regular obseruancia de nuestro Padre san Francisco, y los Capuchiños, aunque no huuiera exclusion tacita, ni expressa, statim,

ſtatim, ſe le defiriera el mayorazgo al ſiguiẽte ſuceſſor, vt pro comperto reſoluunt Caſtill. d. lib.3. c.12. nu.93. Mieres, de maioratibus, 2.p. quæſt.3. nume.25. in noua editione, P. Sanch. vbi ſupra numer.8. pero auiendo excluſion tacita, o expreſſa, no ſucede el Conuento, aunque ſea capaz de bienes en comun, vt ſupra reſoluimus num.13. & 14.

20 ¶ Menos es de conſideracion la ſegunda parte deſta opoſicion, de que los Monjes de ſan Benito traẽ las armas de ſus antepaſſados en los ſellos, y repoſteros, porque como dexamos reſuelto, aunque tengan el nombre, y armas, no pueden cumplir cõ el preceto, eo modo honorifico quem fundator intendit, por eſtar en ellos ſupreſſa la memoria, y aũque el Padre Fray Manuel Rodriguez, tom.2. quæſt. regul. quæſt.78. ar.3. lleuò por opinion, que podian ſuceder en mayorazgo de nombre, y armas, ha ſido ſingular en eſta opinion, y como Religioſo quiſo ayudar, y fauorecer eſte intẽto, y aunque el ſeñor don Juan del Caſtillo, d.c.162. nu.22. alega por deſta opinion, fuera del Padre Fray Manuel à Montealegre, lib.2. praxis, c.2. num.52. & 53. y Anguiano, de legibus, lib.2. cont.17. nume.7. Eſtos autores nõ lleuan claramente eſta opinion, porque ſolo dizen como ſe pueden ver, y ajuſtar, que donde no ay excluſiõ del Conuento ſucede el Monaſterio, pro vita monaci, en el mayorazgo, y aſsi no dizen que ſucede en mayorazgo de nõbre, y armas, pero ſin embargo deſto el Padre Tomas Sanchez, dize ſer mas prouable la contraria ſentencia, vbi ſupra num.22. de que no pueda ſuceder el Conuento en mayorazgo de nombre, y armas, & defendit, vt probauiliorẽ nouiſsimè D. Caſtillo, vbi ſupra num.22. verſ. His tamen non obſtantibus, vbi allegat Cancerius, & alios, y baſtaua la practica deſta Chancilleria, de que teſtifica el Padre Tomas Sanchez, para aque eſta opinion ſe tuuiera por la mas ſegura, l. filius fam. ff. ad l. Cornel. de falſ. ibi: *Sic Senatũ cenſuiſſe*. Demas de que eſta es de quantos interpretes eſcriuen en la materia, excepto el Padre Fray Manuel, y aſsi ſiendo mas comun, y demas fundamento, ſe deue ſeguir, y practicar.

21 ¶ Eſto

21 ¶ Esto presupuesto no se puede dudar que doña Catalina Nuñez de Valdiuia sea la inmediata sucessora, en quien por ministerio de la l.45. de Toro se aya transferido la possessión, por muerte de dō Carlos de Valdiuia vltimo posseedor, y assi le compete los interdictos, y remedios possessorios, ad dipiscendæ, y los demas, quia ea interdicta primogeniorum successoribus competunt, vt latè resoluunt Palac. Rub. in l.45. Tauri, num.26.& 27. & ibi Anton. Gom. ex num.192. Tellus Fernandez, in l.17. Tauri, num.45. Molin. lib.3. c.13.num.1. Paz, de tenuta, c.1.num.28. sin que le obste la pretension del Conuento de santo Domingo de Siles, porque como dexamos fundado por euidentes conjecturas, de quibus supra à num.14. vsque ad 18. està excluso el Conuento de suceder en este mayorazgo, y las conjecturas obran lo mismo que la expressa, e indiuidual exclusiō, vt latè supra n.14. Lo segundo, porque aunque la muerte ciuil no se equipara a la natural, nisi in casibus á iure expressis, vel cum hoc à iure reperitur cautum, vt ex cap. susceptū, de rescriptis, tenēt plures quos retulimus supra nu.12. & sequitur Paz, de tenuta, c.34.num.28. pero quando de la muerte ciuil resulta el mismo efeto que el de la natural, obra los mismos efetos que la natural, vt latè etiam resoluimus d.nume.12. & sequitur Paz, vbi supra.

22 ¶ Destos presupuestos resulta, que siendo incapaz de la sucession el Padre Fray Francisco, y el Conuento por su cabeça, se ha de reputar, y tener por muerto, quia paria sunt non esse in rerum natura, vel à successione ex alia causa excludi, l.1. §. sed si patronus, ff. de coniungendis cum emancip. liberis eius, l. si necē, §. si deportatus, ff. de bonis libert. Molina, & alij quos supra num.11. retulimus, & Paz, d.c.34.num.18. de aqui resulta, que aunque la l.45. de Toro, quæ est hodie, l.8. & 9.tit.7.lib.5. recopilatio. para que la possession haga transito en el siguiente en grado, requiere la muerte del posseedor, ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo luego sin otro acto de aprehension se traspasse la possession.* Con todo esso para intentar el remedio possessorio, se puede hazer extension a otro caso, eandem vocationem ma-

ioratus

ioratus inducentem, como es el de la muerte ciuil, vt probat gloss. verbo, moriente, in clementina ne Romani, §. sanè de electione, gloss. similis, verbo, mori, in clementina 1. vt litependente, l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthu. ibi: *Ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sunt*, l. mulier, ff. ad Trebell. l. si mater, C. de institut. & substit. l. 28. tit. 4. p. 5. y assi que obre los mismos efetos, y que de la natural se haga extension à la ciuil, probant post Bart. in l. ex ea parte, §. si insulã, n. 1. ff. de verb. obli. Medicis, in tract. mors omnia soluit, 1. p. num. 28. & 30. Boerius, decis. 104. num. 7. Tiberius Decianus, cons. 86. num. 39. lib. 3. Mieres, de maioratibus, 2. p. quæst. 3. numer. 56. Paz, de tenuta, d. c. 34. nu. 15. & in terminis resoluunt Molina, lib. 3. c. 13. num. 59. vers. Quamuis, ibi: *Quamuis non difiteamur, quod si aliquis alius casus eueniat, ex quo vltimus maioratus possessor pro mortuo habendus sit possit in vita eiusdem remedium dictæ legis proponi, l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* Et Mieres, de maioratibus, 3. p. quæst. 3. n. 2. ibi: *Hoc etenim casu mors ista ciuilis habet eundem efectum, quæ mors naturalis, & ideo æquitas, & beneficium, & priuilegium illius famosæ legis ad hunc casum extendi debet maximè, quia concurrit eadem ratio, quæ adest quando antecessor in maioratu vere, & naturaliter mortus fuit facit, l. etiã, §. si deportatus, ibi fratribus suis non obstauit, ff. de bon. libert. l. 1. C. de hæred. instit.* Et Paz, de tenuta, d. c. 34. nu. 16. ibi: *His conducit, quia si possessor maioratus ingrediatur Religionem quæ bona capere non potest secuta professione statim apperitur ædictum sequenti in gradu, & tenuta proponi potest, ac si vere esset mortuus prædictus possessor cum hic casus morti æquiparetur, vt post Gregor. vbi supra latè defendit Mieres, 2. part. q. 3. num. 16. & 4. p. quæst. 23. num. 44. & D. Castill. lib. 3. controuersiar. c. 12. num. 93. & 94.* Y estas doctrinas hablan en caso en que el Religioso era posseedor del mayorazgo, que es caso mas apretado, pero en caso en que por muerte del vltimo posseedor quiere controuertir la possession con el verdadero posseedor, como en este caso ha sucedido, teniendose el Religioso por persona muerta, por estar excluso por las leyes, y condiciones del mayorazgo, no puede tener duda, mayormente



 auiendose

auiendose intentado los interdictos possessorios de la l.45. de Toro, quæ sunt eius naturæ, & qualitatis, vt ad mixtam habeant causam proprietatis, l.2. §. quædam, ff. de interdictis, l.3. §. hoc autem, ff. de itinere actuque priuato, & probatur in l.45. Tauri, donde se dispone, que muerto el vltimo posseedor del mayorazgo, la possesion ciuil, y natural de los bienes passen aquel sucessor, ibi: *Que segun la disposicion del mayorazgo auia de suceder*; de que resulta que se han de admitir las excepciones que miran a la propiedad, y que aquel ha de ser admitido en la possession, que es verdadero, y legitimo sucessor, vt cum pluribus latè probant Molin. lib. 3.c.13.ex n.12.& seqq.& sequitur Paz, de tenuta, c.38. ex n.27.& seqq. y teniendo como tiene tan notorio derecho doña Catalina, le cõpete el interdicto propuesto.

ARTICVLO SEGVNDO.

23 ¶ En este articulo nos resta fundar que el mayorazgo que fundò Alonso Nuñez de Valdiuia, no fue mayorazgo legal, hecho de tercio y quinto; sino mayorazgo hecho en virtud de la facultad Real; que gànò del señor Rey don Felipe el Segundo; porque el Conuento de santo Domingo de Siles pretende que este mayorazgo es de tercio, y quinto, y solo en el excesso del mayorazgo de facultad Real, fundandose en las palabras de la clausula del testamento de Alonso Nuñez, ibi: *Y es mi voluntad, vsando de la facultad de su Magestad, que todo lo demas que excediere del tercio, y quinto sea sugeto al mismo vinculo, y restitucion.* Y assi pretende, que ni expressa, ni tacitamente pudo excluyr a Fray Francisco, ni a doña Madalena su hermana, Monja professa en Santiago, porque cõforme a la l.27. de Toro, que hodie est l.1.tit.6. lib.5. nouæ recopil. el que funda mayorazgo de tercio y quinto, tiene precisa obligaciõ de llamar a sus descendientes antes que a los transuersales, y no puede de ninguna manera preuertir el orden, porque la ley de Toro induze forma sustancial, y especifica, ibi: *Con tanto que los haga*; quæ inducit conditionem, quæ in forma specifica debet impleri, l. qui hæredi,

redi, l. Meuius, ff. de condit. & demonstra. La segunda razon, porque el tercio y quinto, respeto de los hijos es legitima, y en ella no se puede grauar, y assi que se aya de guardar precisamente esta forma, post plures resoluit nouissimè D. Castillo, lib. 2. controuers. c. 7. n. 4. & 5. & c. 30. num. 2. & lib. 3. c. 12. num. 44. & tom. 5. c. 99. nu. 4. & nouissimè D. Perez de Lara, de vita hominis, c. 2. num. 47. & c. 30. num. 121.

24 ¶ Desta resolucion procede, que el padre que haze mejora de tercio y quinto, no pueda excluyr a sus hijos, y nietos, Religiosos, y Monjas, en fauor de los trãsuersales, por ser preciso guardar la forma de la l. 27. de Toro, vt resoluit Molina, de primogen. lib. 2. c. 12. num. 55. Angulo, de meliorationibus, gloss. 4. de la l. 11. nume. 9. D. Castill. lib. 3. controuers. c. 12. numer. 44. & tom. 5. c. 99. & tom. 6. c. 162. nu. 12. Pater Thom. Sanch. de Religioso statu, lib. 7. c. 15. numer. 6. circa finem, & nouissimè D. Perez de Lara, vbi supra num. 122. de que resulta que el padre que haze mejora de tercio y quinto, no pueda excluyr a las hembras por los varones agnatos transuersales, vt post Tell. Fernand. in d. l. 27. nu. 16. sequntur Molina, d. c. 12. nu. 53. & D. Castill. d. c. 12. numer. 45. y assi pretende el Conuento, que siendo el P. Fray Francisco hijo legitimo, y descendiente de Alõso Nuñez de Valdiuia, ni tacita, ni expressamente pudo ser excluydo por los hijos de doña Ana de Valdiuia, cuya hija es doña Catalina, que son transuersales, respeto del dicho Alonso Nuñez, porque seria lo contrario preuertir el orden sustancial, y especifico de la l. 27. de Toro, que dexamos resuelto no poderse preuertir, antes si el testador le preuirtio los llamamientos, se deuen reduzir al orden, y forma de la l. 27. de Toro, vt latè contendit D. Castill. dict. lib. 2. controuers. c. 7. & tom. 5. c. 98. per totum.

25 ¶ Pero esta objeccion carece de todo fundamento, porque el mayorazgo que Alonso Nuñez de Valdiuia hizo en su testamento, fue mayorazgo de facultad Real, como expressamente se colige de la misma clausula de su disposicion, ibi: *Yo aora tengo faculdad de su Magestad para poder hazer mayorazgo de mi hazienda en vno de*

mis

mis hijos, con los vinculos, y restituciones que yo quisiere; e vsando de la dicha facultad, en la mejor forma, y via que puedo, y de derecho deuo, &c. En que expreſſamente ſe colige que Alonſo Nuñez de Valdiuia hizo eſte mayorazgo, vſando de la facultad concedida por ſu Mageſtad, ſin q̃ la quiſieſſe reſtringir al exceſſo del tercio y quinto, y donde la voluntad eſtá tan clara, no ay neceſsidad de interpretacion, ni de conjectura, l. ille aut ille, §. cũ in verbis, l. nõ aliter, ff. de legat. 3. l. continuus, §. cũ ita, iuncta l. eũ qui kalendis, ff. de verb. obli. l. quod conſtitutum, ff. de mil. teſtam. laté reſoluunt Mantica, de cõiectur. lib. 3. tit. 4. & 5. Surdus, conſ. 456. nu. 58. & deciſ. 210. num. 1. Caſanate, conſ. 45. nu. 15. Honded. conſ. 48. ex num. 28. cum ſeqq. lib. 2. Peregrin. de fideicommiſſ. art. 11. nu. 2. & 3. & D. Caſtill. lib. 4. de coniect. c. 10. n. 6. Y aſsi es ſin fundamento donde la diſpoſicion eſtà clara, y euidente buſcar interpretacion de la voluntad de Alonſo Nuñez, diziendo, que ſolo quiſo vſar de la facultad para el exceſſo del tercio y quinto, auiendo querido vſar della para toda la diſpoſicion, como cõſta de la miſma clauſula.

26 ¶ La ſegunda razon, por donde euidentemente ſe conuence que Alonſo Nuñez hizo eſte mayorazgo en virtud de la facultad Real, y no la legal; es, porque en duda no ſe ha de creer que el teſtador quiſo hazer vna diſpoſicion inutil, antes ſe ha de interpretar la voluntad del teſtador, vt magis valeat quã pereat, l. quoties, l. vbi eſt verborum ambiguitas, ff. de rebus dubijs; porque no es veroſimil, ni creible, que vno ha de eſcoger, hoc genus teſtandi quo iudicium ſuum impugnetur, l. 3. ff. de mil. teſtam. porque en duda el teſtador no ſe preſume que quiere hazer vna diſpoſicion friuola, e inutil, l. Titia cum teſtam. §. 1. l. Meuius, ff. de legat. 2. tradunt Ruinus, conſ. 72. num. 4. volum. 2. Mantica, de coniecturis, lib. 2. tit. 14. nu. 13. & tit. 15. nu. 2. & lib. 3. tit. 2. n. 10. Camill. Gallin. de verb. ſignific. lib. 9. c. 36. per totum, D. Caſtill. lib. 2. controuerſ. c. 7. nu. 17. Y ſi Alonſo Nuñez huuiera hecho mejora de tercio y quinto, ſe viniera anular, y hazer inutil ſu diſpoſiciõ, porque Alõſo Nuñez, demas del mayorazgo que fundò hizo me-

jora

jora de tercio y quinto en doña Maria, Alõſo Nuñez, Luys, doña Madalena, Franciſco, Pretolina, y Carlos, como conſta de la clauſula que eſtà en el pleyto, fol. 7. a la buelta, y cõforme a derecho, y a la mas verdadera reſoluciõ, vn teſtador no puede hazer dos mejoras de tercio y quinto, ſolo puede hazer mayorazgo de facultad Real, y mejora de tercio y quinto; vt pulchrè contendunt Molina, lib. 2. c. 10. num. 75. verſ. In tertio caſu, & Mier. de maiora. 1. p. q. 38. nu. 38. y aſsi ſi Alõſo Nuñez no huuiera hecho mayorazgo de facultad Real, ſino de tercio y quinto, como pretende el Conuento, viniera anularſe toda la diſpoſicion, que no es creyble, y veroſimil que quiſo el teſtador haziendo dos mejoras de tercio y quinto, y aſsi quando la diſpoſicion no eſtuuiera tan clara, y expreſſamente, no huuiera dicho que vſando de la facultad Real hazia el mayorazgo, ſe auia de entender que haziendo como hizo mejora de tercio y quinto en ſus hijos de los bienes que le quedauan fuera de la aceptacion, y mayorazgo, que el mayorazgo fue hecho en virtud de faclutad Real.

27 ¶ Siendo pues hecho eſte mayorazgo cõ facultad Real, como dexamos reſuelto, no tuuo obligaciõ Alõſo Nuñez a guardar en ſu diſpoſiciõ la forma de la l. 27. de Toro, porque la razon, porque en los mayorazgos de tercio y quinto es precisa la obſeruancia de la ley de Toro, es, porque el tercio de los bienes es legitima de los hijos, aunque voluntaria, y aſsi no ſe les puede poner grauamẽ, niſi eo ordine obſeruato, pero en los mayorazgos hechos con facultad Real, ceſſa eſte orden, porque en dexandoles alimentos competentes, dexan aquellos bienes de ſer de la legitima, y ſe reputa aquel hijo, en quanto aquellos bienes por eſtraño, y aſsi lo reſuelue licet dubie Molina, lib. 2. de primoge. c. 11. nu. 16. & clarè tenent Anton. Gom. in l. 40. Tauri, num. 55. Tell. Fernand. in l. 27. Tauri, num. 12. Gutierr. lib. 2. practicar. quæſt. q. 67. per totam, Abendã. in l. 40. Tauri, gloſſ. 9. nu. 43. Pelaez de Mieres, de maioratib. in initio 1. p. num. 11. Matienç. in l. 11. tit. 6. gloſſ. 11. nu. 3. lib. 5. nouæ collect. ibi: *Diferunt ſecundo, quia ſi maioratus fiat cum auctoritate, & licentia Regia non adſtringitur faciens*

F

ciens in vinculo, & grauamine seruare ordinem legis nostræ, sed deficientibus descendentibus poterit, quos maluerit substituere, sed in melioratione hunc ordinem seruare tenetur pater in hoc lege constitutum alias non valet, vt dixi supra in gloss. 9. in principio. Sequitur etiam Azeued. in d. l. 11. tit. 6. lib. 5. num. 1. nouæ recopilat. D. Castill. lib. 4. controuersiar. c. 36. num. 24. & 25. y en terminos de que en los mayorazgos de facultad pueda el testador, y fundador excluyr a los Religiosos, aunque sean descendientes, resoluunt D. Castill. lib. 3. c. 12. num. 44. ibi: *Limitatur vero casus primus prædictus, vt procedat quando maioratus ex Regia facultate institueretur.* Et Pater Thomas Sanchez, de Religioso statu, d. lib. 10. c. 15. num. 6. ibi: *Potest etiam institutor statuere, vt eo ipso, quod possessor maioratus efficiatur Clericus, aut monachus maioratus statim sequenti deferatur ob eadem rationẽ, vt bene tradunt Couarrub. & Gutierr. vtroque loco Mieres eadem q. 3. num. 4. & fin. quod quidem limitandum est, vt intelligatur in hoc Castellæ Regno de maioratu Regia facultate instituto.* Et D. Perez de Lara, d. c. 30. num. 127. ibi: *Vbi autem maioratus non fuerit factus, iuxta l. 27. Tauri, vel à non habente filios, & descendentes, vel facultate Regia si fuerit habita ratio conseruandæ agnationis non succedet monialis, nec alter Religiosus cum per eos nequeat cõsequi continuatio successionis, & agnationis.* Y assi siendo este mayorazgo de facultad Real, pudo muy bien Alonso Nuñez preuertir el orden de la l. 27. de Toro, y llamar a los transuersales, y descendientes de doña Ana de Valdiuia su hermana, de quien es hija doña Catalina, excluyendo las personas Religiosas, o tacita, o expressamente de la sucession del.

28 ¶ Quando sin perjuyzio de la verdad este vinculo y mayorazgo fuera de tercio y quinto, que negamos, adhuc, tenia notoria justicia doña Catalina para excluyr al Padre Fray Francisco de la sucession de este mayorazgo, porque el fundador verdadero, y legitimo del fue Francisco Nuñez de Madrid, porque el dicho Francisco Nuñez, como consta de la clausula referida en el principio desta informacion, el susodicho instituyò el dicho vinculo de tercio y quinto, pero respeto de tener entonces deudas dexò dispuesto, que

quedasse

quedasse a eleccion, y voluntad de Alonso Nuñez el dicho vinculo, como consta de las palabras, ibi: *Declara, que quiere, y manda, que quede a eleccion del dicho Alonso Nuñez su hijo, cada y quando, y en qualquier tiempo que quisiere, y por bien tuuiere querer, y acetar que aya vinculo, &c.* Y asi fue el verdadero institutor del tercio y quinto, porque aunque despues Alonso Nuñez acetò, y hizo el mayorazgo, fue vsando de la eleccion que le dexò Francisco Nuñez, y asi fue lo mismo qne si el dicho Francisco Nuñez hiziera el mayorazgo, l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de lega. 2. c. literas de rescriptis, vbi papa qui ex sequitur dispositionem sui prædecessoris non dicitur facere, sed factũ predecessori ad scribitur, & eleganter resoluunt post Bart. in l. Theopompus, num. 7. ff. de dote prælegata, Surdus, cons. 380. n. 9. in fin. Anton. Gabriel, communium opinionum de regulis iuris, conclus. 3. numer. 84. Simon de Prætis, de interpretat. vltimar. voluntat. lib. 1. dubitat. 2. solut. 5. nu. 23. folio 28. ibi: *Quidquid enim dictum declaratũvè fuerit ab huiusmodi deputato à testatore vti factum, & declaratum habetur, atque si ab ipso testatore ex suo testamento haberetur, & consequeretur, l. vnũ ex familia, §. 1. & ibi Bart. de lega. 2. c. nouit de appellat. Decius, cons. 492. numer. 2. & 3. Corsetus, in singularibus, verbo, commissarius incipit illud, Aymon, cons. 122. num. 3. & 223. columñ. fin. & alibi.* Mieres, de maiorat. 1. p. quæst. 44. numer. 108. & nouissimè D. D. Joann. del Castill. tom. 6. c. 182. num. 9. & 10.

29 ¶ Auiendo pues quedado en el arbitrio, y facultad de Alonso Nuñez, el passar, o no por el vinculo, y mejora de tercio y quinto, no ay duda sino que quedò en su arbitrio el que huuiesse vinculo de tercio y quinto, o no, y asi de la misma manera que pudo reuocar, y alterar la dicha mejora, la pudo modificar, poniendo condiciones, y llamamientos, y por el consiguiẽte pudo poner el grauamen de apellido, y armas, l. iuris gentium, §. adeo, ff. de pactis, ibi: *Nam si potest tota res tolli cur non, & reformari.* Et resoluit eleganter Molina, lib. 1. c. 8. num. 37. ibi: *De primo autem maioratus institutore nulli dubium est, nisi quod poterit maioratui à se confecto nouas leges, ac conditiones adiicere si in ea causa maioratus sit, vt*

reuocari

reuocari posſit, qui enim maioratum reuocare poteſt à fortiori illum limitare ac modificare, d.l. iuris gentium, §. adeo, ff. de pactis. Et ſequntur poſt Anton. Gom. Matienç. in l.11. tit.6.lib.5.recopil. gloſſ.3.nu.2.& poſt Angul. Abenda. & alios, D. Caſtill. lib.3.controuerſ.c.10.nu.7. ibi: *Et in melioratione, aut maioratu reuocabiliter factis contrariũ recte conſtituunt, & rationem concludentem aſsignant, nam cum eo caſu poſsit pater aliusvè inſtitutor maioratum, aut meliorationem in totum reuocare multo magis nouas conditiones adiicere, aut de nouo modificare poterit.* Et nouiſsimè Mieres, de maiorat.1.par.q.37.num.17.in 2. editione, y aſsi pudo excluyr que no ſucedieſſen Religioſos en el dicho mayorazgo, y ha de obrar la excluſion, como ſi la huuiera pueſto Franciſco Nuñez de Madrid inſtitutor del vinculo y mejora.

30 ¶ La ſegunda razon, porque Alonſo Nuñez pudo poner condiciones a la mejora de tercio y quinto, que hizo Franciſco Nuñez ſu padre, es, porque es hecho conſtante deſte pleyto, que Alonſo Nuñez de Valdiuia añadio a la mejora toda ſu legitima, y bienes, y no ſolo añadio, pero todos los bienes de que ſe compuſo la mejora, eran bienes propios ſuyos, y aſsi pudo poner a la fundacion de ſu padre nueuas condiciones, y grauamenes, mayormente no ſiendo, como no ſon contrarias a la primera inſtituciõ, vt optimè reſoluunt Molin. lib.1.c.8.num.35.ex eleganti textu, in l. cum pater, §. Titio fratri, ff. de legat.2. & ſequntur Flores de Mena, in additionibus ad Gãmam, deciſ.263.& P. Molina, tom.3. de iuſtit. & iure, diſp.617.n.8. & D. Caſtill. d.lib.3.c.10.num.9.

31 ¶ Auiendo pues ſido la mejora de tercio y quinto, diſpoſicion de Franciſco Nuñez de Madrid, y por el conſiguiente las condiciones pueſtas por Alõſo Nuñez, ſe han de reputar como ſi las huuiera pueſto el inſtitutor del vinculo, y mejora, y aſsi pudo muy bien excluyr a ſus deſcendientes Religioſos, en fauor de otros deſcendientes, porque la ley de Toro ſolo prohibe el llamar el padre a los tranſuerſales, en excluſion de los deſcendiẽtes, pero no prohibe que el padre pueda preferir vn deſcendiẽte a otro, vt pulchrè reſoluũt Molin. in

in additionibus ad lib. de primogen. num. 10. ibi: *Item eodem libro secundo, c. 12. num. 53. dixi in maioratu ex tertia bonorum portione à parente ex legibus Regijs absque Regia facultate instituto non posse parentem filias fœminas, neque etiā filios Religiosos, Clericos, vel mentecaptos, & similes defectus pacientes propter masculos transuersales excludere, qua in re anotandum est posse parentes etiam absque Regia facultate fœminam proximiorem, atque etiam vltimi possessoris filiam à maioratus succesione excludere propter masculos remotiores ipsius vltimi possessoris transuersales dummodo ab ipso institutore descendant similiterque posse excludere filius, ac descendentes vltimi possessoris Religiosos, Clericos, vel furiosos, vel similes defectus pacientes propter alios agnatos, vel cognatos eidem vltimo possessori transuersales dummodo à primo institutore descendant lex namque Tauri solum prohibet, quod descendentibus exclusis transuersales ad meliorationem admittantur non autem parenti inter suos descendentes electionem denegat.* Et sequntur Angul. de melioration. in l. 11. gloss. 4. n. 10. Pater Molin. tom. 3. de iustit. & iure, disp. 611. num. 12. P. Thom. Sanch. de Religioso statu, lib. 7. c. 15. num. 6. in fin. Paz, ad l. 200. stili, num. 156. & tribus seqq. D. Castill. lib. 3. c. 12. nu. 44. & tom. 5. c. 99. n. 4. & 5. y assi siendo doña Catalina descendiente de Francisco Nuñez de Madrid, como hija legitima de doña Ana de Valdiuia, y siendo la disposicion de Alonso Nuñez declaracion de la voluntad de Francisco Nuñez su padre, aunque respeto de Alonso Nuñez sea transuersal, siendo descendiente del fundador, de la misma manera que la pudo preferir a los hijos de Alōso Nuñez, pudo excluyr los que fuessen Religiosos en fauor suyo.

32 ¶ Y no es de consideracion dezir que no pudo Alonso Nuñez auiendo acetado llanamēte la mejora de tercio y quinto que su padre le hizo en el lugar de Aluergueria, jurisdicion de Ciudad Rodrigo, en tres de Diziembre de 563. no pudo despues por el año de 72. poner la clausula de nombre y armas en el testamē to que otorgò, ad text. in l. perfecta donatio, C. de donationib. quæ sub modo cum vulgat. porque a esta dificultad se responde. Lo primero, porque la fundaciō que hizo Alonso Nuñez en virtud de la facultad que

le

le dexò Francisco Nuñez su padre, fue reuocable, porque no interuino acetacion, clausula de constituto, ni los demas requisitos que hazen irreuocables las mejoras de tercio y quinto, y fundaciones de mayorazgo, y assi pudo alterar, y mudar, y modificar los llamamientos, vt probat text. in l. 44. Tauri, quæ hodie est, l. 4. tit. 7. lib. 5. recopilat. ibi: *Puedalo reuocar a su voluntad.* Y assi aunque se haga en contrato, queda reuocable, y assi pudo Alonso Nuñez poner despues en su testamẽto la clausula de nombre y armas para excluyr a los Religiosos, porque no auiendo interuenido acetacion, ni ninguno de los requisitos de la l. 44. de Toro, como se pudo in totum reuocar, se pudo poner condicion, vt eleganter resoluunt Molin. lib. 4. c. 2. nu. 1. & 2. Mier. 1. part. q. 22. à numer. 1. & seqq. Lo segundo, porque como dexamos resuelto supra nu. 30. auiendo añadido bienes Alonso Nuñez a la mejora, pudo poner qualesquier condiciones, y assi el grauamen de nombre y armas, de que resulta la notoria justificacion, cõ que pretende la possessiõ del mayorazgo doña Catalina, que vacò por muerte de don Carlos de Valdiuia, y assi esperamos se le ha de dar el amparo de possession que pretende, en exclusion del Conuento. Salua in omnibus D. V. C.

Lic. don Luys Tadeo del Burgo.